

以基本权利为核心的贸易与人权一元论

——评彼德斯曼对贸易与人权关系的理论建构

陈喜峰

(厦门大学 法学院, 福建 厦门 361005)

摘 要:贸易与人权的关系问题是贸易关联问题研究的重要组成部分。与从国际贸易法和人权法的二元规范关系角度进行探讨有所不同,彼德斯曼的WTO权利宪法论以内涵扩张的基本权利为核心,将其建构为贸易权与其他人权在权利谱系中的一元关系问题。这种一元论依托于实质意义的立宪意义上的宪法观念,即宪法的最优异特征是确认和保障公民的基本权利。一元论在理论上的不足,显现在贸易权的宪法性质不明、公共利益条款的扩大解释自相矛盾、WTO实质宪法的基础规范缺位以及权利谱系欠缺发展权等4个方面。目前在多边贸易体制的国际层面,贸易权与其说是一种基本权利,毋宁说是一种基本权的制度保障。

关键词:贸易与人权;基本权利;实质宪法;一元论

中图分类号:DF961 **文献标识码:**A

在WTO宪政理论研究中,曾经在GATT/WTO机构长期担任要职的德国学者彼德斯曼(Ernst-Ulrich Petersmann)提出的以权利为基础的WTO宪法化理论(以下简称“WTO权利宪法论”)卓尔不群,尤以在贸易与人权关系上的一元理论建构引人注目。本文在概述该“一元论”基本观点的基础上,对“一元论”的理论基础、论证路径和实践意义等进行分析 and 批评,以期推进对贸易与人权的关系问题以及WTO宪政理论的研究。

一、基本观点:贸易与人权关系的一元建构

根据曾经与彼德斯曼进行论战的美国学者罗伯特·豪斯认为,就多边贸易体制中法律和人权的关系问题而言,彼德斯曼是第一位提出这一问题的学者^[1]。时至今日,贸易与人权的关系问题已经成为贸易关联(“linkage”)问题研究的最重要组成部分之一。对此,大多数著述立足于贸易和人权各自对应的部门国际法,即从国际贸易法和人权法的“二元”关系着手探讨两者之间的关联。所采用的论证路径和主要结论,与从传统的国际(公)法原理看待任何部门国际法之间的关系并无二致,与其他

收稿日期:2008-11-04

作者简介:陈喜峰(1977-),男,湖北麻城人,厦门大学法学院讲师,法学博士。

贸易关联问题的研究相比也并无特质。

与这类著述所持有的“贸易与人权的冲突和协调”的外在视角不同,“WTO权利宪法论”直接以宪法上的基本权利原理内在地建构国际法上的贸易与人权的关系。彼德斯曼不仅视贸易自由本身为一项基本的个人权利,而且贸易权与其他自由权、社会权等基本权利乃至“人权”之间的关系是在同质的权利谱系中展开。亦即,不是将贸易与人权的关系视为国际法中分属不同国际法次级体系的“二元”规范关系,而是在“WTO宪政”的意义上使贸易与人权呈现出“一元”的权利关系。以此,彼德斯曼以内涵扩张的基本权利为核心,将多边贸易体制中贸易与人权的关系问题转化为“贸易权”与其他“人权”在基本权利谱系中的一元建构。

据此,彼德斯曼系统地发展出以权利为基础的“WTO宪法化理论”,并在其理论发展的两个阶段提出了两个基本主张和建议。在第一阶段,彼德斯曼提出需要将贸易自由承认为基本的个人权利,而公民可以在国内法院中直接援引《WTO协定》;在第二阶段,彼德斯曼提出WTO保障自由、非歧视、法治以及社会保障而起到人权功能,对于许多“社会人权”(例如食品、健康和教育)的履行来说都起到关键作用。因此,应承认普遍认可的不可剥夺的核心人权具有国际法中的“宪法至上性”,通过WTO法和国际以及国家的人权法的整合而实现WTO的宪法化。而且,彼德斯曼深知WTO的现状与其国际宪政的理想前景相去甚远,因此借鉴欧盟宪政的经验,主张以所谓公共利益条款诉诸人权的条约解释以及探讨WTO规则直接效力的可能性。

总体上看,WTO宪法化是WTO权利宪法论的主要命题,其论证的主要问题之一即贸易与人权的关系,而以基本权利原理为核心对其进行一元理论建构则是主要观点所在,三者一并构成了WTO权利宪法论一以贯之的精髓。这种一元建构依托于WTO权利宪法论的“宪法”观念。纵观WTO权利宪法论的相关著述,可以认为彼德斯曼提出了两组与“宪法”相关的概念,其中之一即与基本权利原理密切相关的“实质宪法”。

基本权利体现宪法体制和权利谱系存在的核心价值。德国公法学者卡尔·施密特认为:所谓公

民自由的宪法保障,最重要的是对基本权利的承认、权力分立制、国民通过人民议机关对制宪权最低程度的参与^[2]。而深受德国宪法学说影响的日本学者芦部信喜指出,形式意义的宪法是指以宪法这种名称称呼的成文法典即宪法典。实质意义的宪法是将具有某种特定内容的法称为宪法,这种意义的宪法又可分为固有含义的宪法和立宪意义上的宪法。前者指宪法作为规定国家统治的基本法,后者即基于18世纪末市民革命时期所主张的、通过限制专断性权力来广泛保障国民权利的宪法。立宪意义上的宪法,是一种历史意义的观念,最重要的目的在于限制权力以保障人权。这也是宪法“最优异”的特征^[3]。

因此,在宪法学上,实质意义的立宪意义上的宪法,不是规定国家组织和机构的制度设计,而是确认和保障公民的基本权利,并进而实现基本权利对国家权力的制约。正是基于这种理论基础,彼德斯曼指出:“对个人权利的宪法保障以及对国内政府权力行使的宪法约束,是对国内贸易法律与政策进行法律分析的必要起点。在宪政民主中,个人自由与财产权利被承认为宪法价值,也被承认为所有政府政策的最终目标。个人的权利和需要被当作最高的宪法价值及政府所有权力行使的惟一合法目标”^[4]。彼德斯曼指出:“以权利为基础的策略承认价值只能源于公民个人的人权。这削减了在宪政民主的个人前提和静态的国际法概念之间的现有矛盾。承认人的尊严在国际法中具有最高的优先性,是提高国际规则的民主合法性的第一步。以权利为基础的国际法的宪法概念,可以促进的不仅是人权、法治和经济福利的有效性,而且包括国内和国际和平”^[5]。彼德斯曼还指出:“以权利为基础的宪法(rights-based constitutions)通过对基本权利的全面保障确立了新型的民主治理权力,与限制现有的政府权力(例如英国)和通过更加有限的“权利法案”(例如美国)所施行的以过程为基础的民主(process-based democracies)相比,前者能够对民

最近的代表著述例如: T Cottier, J. Pauwelyn, E B Ügi. Human Rights and International Trade[M]. Cambridge University Press, 2005. F.M. Abbott, C Breining-Kaufmann, T Cottier. International Trade and Human Rights[M]. Oxford University Press, 2006

主决策过程提供更加精确、广泛和实体上的限制^[6]。彼德斯曼还指出:“WTO对基本权利的确认和保障体现了这类权利宪法。WTO保障货物贸易和服务贸易的自由和非歧视,其主要目的之一是通过自由和非歧视的法律保障而限制政府权力^[7]”。

贸易与人权关系的一元论,不仅要求权利谱系的一元建构,而且势必要求两种国际法次级体系的一元整合,这正是贸易与人权关系一元论的精细之处。对此,笔者认为,彼德斯曼在“WTO权利宪法论”的两个阶段都持有一元的立场,然而其内涵有所不同。其第一阶段主张的基本权利是指贸易自由,主要解决个体基本经济权利(这里首先指贸易自由)与国家经济权力(这里尤其指WTO成员的贸易管制权)之间的关系,以遏制重商的贸易保护主义所造成的“宪法失灵”。而建议“WTO协定”在WTO成员国内的直接适用,试图矫正的是国际法(WTO法)和国内法(WTO成员与贸易有关的国内法)之间的“二元”关系。第二阶段主张的人权不局限于贸易、竞争和财产,还包括社会权利、民主治理和可持续发展的权利等。显然,彼德斯曼试图矫正的是国际贸易法和国际人权法之间的“二元”关系。而建议人权在国际法中的宪法至上性,则试图解决国家宪法中的“宪法权利”如何也能成为国际法包括WTO法中具有宪法地位的“权利”。

二、路径依赖:一元论对德国宪法原理和欧盟宪政实践的仿效

正如休德克所言,“每位作者的独特贡献都不可避免地反映了他的专业视角。”^[8]彼德斯曼以基本权利原理进行的一元理论建构,在本文看来也出于他作为德国人和“欧洲公民”的双重“路径依赖”:一为德国宪法原理,二为欧盟宪政实践。

在德国宪法的理论与实践,基本权利被认为具有“主观权利”和“客观法”的双重性质。在“个人得向国家主张”的意义上,基本权利是一种“主观权利”。同时,基本权利又被认为是德国基本法所确立的“客观价值秩序”(objective order of values)^[9],是直接约束公权力的“客观规范”或者“客观法”。这两重属性决定了基本权之于个人和

国家的不同意义和法律属性^[10]。与《魏玛宪法》的人权条款不同,《联邦德国基本法》明确宣布人权法案不仅是抽象的良好愿望,而且和普通法律具有同样实际效力,在现实运作中约束着各个政府机构。如果说“主观权利”是强调基本权利作为“个人权利”的性质,则“客观规范”就是强调基本权利本身就是约束国家公权力的“法律”。《德国基本法》第1条第3款和第20条第3款表明,基本权利保障直接约束着包括对外关系权力在内的所有国家行为,无论后者是以国际协定还是国内行为行使^[11]。另外,德国1961年《对外经济关系法》第一章规定的对外经济交往自由原则具有宪法上的地位,并受到《德国基本法》所提供宪法保障的保护^{[14][39]}。而德国宪法法院将个性(personality)的自由发展以及生命与自由权利扩大到对贸易和契约自由的保护,因此,根据“德国的经验”,贸易自由也被认为属于基本权利之列。反观彼德斯曼的一元论,明显传承了德国宪法学的原理:一方面,彼德斯曼主张将贸易自由承认为基本的个人权利,实质是企图扩大基本权利之“自由权”的内涵,使“贸易权”成为一种宪法化WTO的“主观权利”和WTO“宪法”的“宪法权利”;另一方面,为何国家宪法意义的基本权利能够直接指导国际层面的WTO法?彼德斯曼借用了基本权利的“客观价值秩序”特性,将基本权利对私法领域的“第三者效力”延伸至国际法领域,提出“宪法原则不仅适用于政治共同体的国内和国际宪法,诸如欧盟条约宪法,也适用于功能有限的政府间的条约宪法,诸如WTO的世界贸易宪法。”

欧盟宪政实践为彼德斯曼提供了WTO宪法化的实际样本。在欧盟宪政实践中,欧洲法院起到建设性的作用,特别是保护基本人权的演进过程^[12]。从1969年“Stauder案”的审判开始,欧洲法院的判决揭示,基本权利构成了欧洲法院所保护的共同体法律的一般原则,欧洲法院可以通过对其解释来维护基本人权。1974年欧洲法院对“Nold V. Commission案”的判决被视为其将《欧洲人权公约》

关于“WTO权利宪法论”两个阶段的划分、著述索引以及对其第一阶段理论的批评,可参见:陈喜峰,《WTO权利宪法论:经济宪法视角的一种批评》[J],《国际经济法学刊》,2008,15,(2):110-158。

作为欧共体基本人权来源的第一案,法院在判决中指出,基本权利是欧洲法院确保遵守的一般法律原则的组成部分^[13]。2000年12月7日于法国尼斯通过的《欧盟基本权利宪章》,已完成了其宪法化的过程,被载入2004年通过的《欧盟宪法条约》(草案),成为其中的第二编《联盟的基本权利宪章》。另外,《欧盟宪法条约》也将尊重基本人权和自由确定为欧盟原则,欧盟本身还“应当加入”《欧洲人权公约》。2007年10月19日通过的《对欧洲联盟条约和欧洲共同体条约进行修订的里斯本条约》草案,仍然承继了这类规定。

彼德斯曼显然受到了欧盟宪政日新月异的鼓舞。第一,欧盟宪法条约“草案”强调欧盟公民权与基本权利,使欧盟宪法更加符合主权国家宪法的界定内容。有鉴于此,彼德斯曼不仅一直主张贸易自由为基本的个人权利,而且在第二阶段主张“继续提高人权在国际法中的法律地位”,承认普遍承认的不可剥夺的核心人权具有国际法中的“宪法至上性”,试图以此成为WTO宪法的“权利法案”。第二,人权保障在欧盟已超越世俗的宗教信仰与抽象的哲学观念,具有现实的规范性与实效性,将进一步巩固欧盟的民主机制与政体合法性。而面对WTO宪法化过程中的合法性问题,彼德斯曼最近提出:“无需创设新法律义务、无需创立新的WTO机构、也无需界定所谓国际法上的普遍人权义务的范围,只要WTO成员集体保证尊重其现有的普遍人权义务,就可能改善WTO规则和WTO谈判的输入和输出合法性”。第三,欧洲法院在欧盟“基本权利入宪”的过程中起到积极的司法作用,彼德斯曼同样主张WTO法应以与人权要求相符合的方式来解释。彼德斯曼承认,通过非歧视的国内和国际规则来保护其公民的人权,是WTO成员的主权权利。但是,WTO法中存在大量的公共利益条款,使WTO成员能够在实施其人权义务时与WTO法相符合。例如,根据《GATT1994》第20条、《GATS》第14条和《TRIPS协定》第8条的规定,即WTO协定中的一般例外和保障条款,使WTO成员在经济自由如何与其他人权相协调方面,在受必要性和非歧视要求的约束下可以进行广泛的自由裁量。因此,一般例外可以起到协调贸易自由和限制自由贸易的保障

措施的“人权功能”。在这种法律和司法的权衡过程中,人权应指导WTO例外条款和保障条款的解释,而解释的重任自然非WTO争端解决机制莫属。甚至,彼德斯曼所担心的是“WTO裁判人员可能不熟悉人权和人权法院的案例法,如何能够作出相关的裁判”!

三、一元论的实践意义:一种贸易的人权路径

彼德斯曼的观点,由于基本权利保障的“最优异特征”,在WTO宪法化的论证路径上具有天然的吸引力,同时为贸易与人权的关系问题提供了一种似乎一劳永逸的解决方案,其理论的实践意义不应低估。

从历史经验来看,在一定程度上,贸易与人权具有内在的因果关系。贸易的发展有赖于经济的增长和国内国际市场的形成和完善,经济的增长会促进人权状况的改善,进而贸易自由化本身就体现了施行人权保护的一种方式。事实上,引起20世纪两次世界大战的主要原因之一就是经济歧视与贸易冲突,其结果是人权遭到无情的践踏^[14]。从宪法经验上看,在以美国宪法为代表的部分国家中,国内法特别是宪法中的人权和贸易规则的主旨都是确立政府的基本界限。可以说,自由贸易和人权保护的法律发展遵循了共同的自由主义轨迹,都确立了国家的基本界限,施加了国家的基本义务。

1995年乌拉圭回合后多边贸易体制扩展到服务贸易和知识产权等众多新领域,贸易对人类发展和福利的影响更加广泛了。在WTO法中,从贸易与人权的关联度考察,的确有些规定与基本权利具有表面上的联系,其形式大都属于所谓例外条款。这类例外条款广泛地存在于《GATT1994》、《与贸易有关的知识产权协定》、《服务贸易总协定》、《动植物检疫措施协定》以及《政府采购协定》等。有些规定的联系相当直接。例如《GATT1994》第20条与《政府采购协定》第23条中监狱囚犯劳动产品的措施涉及《公民权利和政治权利国际公约》第8条禁止强迫和义务劳动的规定。有些属于广泛的“人权关注”,例如允许国家采取措施保护公共道德的例外和允许采取保护公共秩序的措施。原联合国人

权委员会等机构通过对《农业协定》《服务贸易总协定》知识产权保护、国际投资协定与国际人权法的关系进行比较研究的基础上指出,解决WTO与人权问题的根本,在于将促进和保护人权设定为贸易自由化的目标而不是作为一种例外规定,看来与彼德斯曼的一元论彼此支撑。

彼德斯曼的主张和建议,对于WTO和WTO成员在贸易法方面的宪政改革,具有重要的实践意义。将贸易自由承认为基本的个人权利,对WTO成员与其国民之间在贸易领域的关系将产生重要影响。在国家宪法对基本权利的确认和保障之中,将增加WTO法的因素;在WTO法乃至国际法的未来发展中,将更多融入所谓共通的宪法原则。这可以说是全球化时代国际法与国内法相互影响的一种深层次表现。与以往相比,这在两个方面加强了国家的责任和义务,一方面,基本权利对国家权力的制约将延伸至“国家间”或“国际”层面,使国家规避责任或者“政府间共谋”的空间更加缩小;另一方面,国民的基本权利不仅可以防御国内层面对其可能的侵害,还可能防御来自跨国层面的侵害。其理论基础和实质效果与近年来针对国家主权的“保护的责任”主张似有异曲同工之感。在此意义上,这既可以视为属于国际法的宪法化和人本化趋势的一种论证,更涉及到对国际法所奉行国家中心主义的一种颠覆。

实践中,贸易与人权的关联日益彰显,已经引发了WTO成员的积极反应。最典型的例证是HIV/AIDS的流行使许多受影响的国家加大对核心药品可及性的需求,而《TRIPS协定》第31条对授予专利强制许可施加了诸多严格限制,给没有或缺乏药品生产能力的最不发达和某些发展中成员造成了所谓公共健康危机。对此,2005年12月6日,在WTO第六次部长级会议召开前夕,WTO总理事会通过了TRIPS理事会提交的《修正TRIPS协定的决定建议》^[15],该决定增加了《TRIPS协定》第31条“之二”,正式修改了“TRIPS协定”第31条。2005年12月18日,《多哈工作进程:部长宣言》第40段重申“TRIPS协定”与公共健康问题的重要性以及对该协定有关条款已作出的正式修改^[16]。2007年7月19日,卢旺达通知WTO各成员,将根据WTO

在2003年意在改善基础药物市场准入水平的协定,进口其必须的而国内不能生产的药物,从而成为首个通知WTO有计划根据该协定进口专利药品的仿制品的国家^[17]。实际上,这种条约修订甚至比彼德斯曼所主张的条约解释方式更加直接,一方面承认了作为人权事项的健康权的重要性,另一方面承认了现有的WTO规则需要加强人权方面的考虑。

四、对一元论的理论批评

然而,一元论在理论建构上具有许多漏洞和自相矛盾之处,突出体现在以下4个方面。

(一) 贸易权的宪法性质不明

贸易权是一元论权利谱系的枢纽。然而,彼德斯曼在贸易权的内涵、性质、地位和例证等一系列问题上都未能充分阐明。2006年以前,彼德斯曼一直以“贸易自由”而不是“贸易权”作为WTO权利宪法论的核心概念。而对何为“经济自由”,彼德斯曼在其理论的不同阶段、在同一阶段的不同时期、在同一时期的不同论文甚至在同一论文的不同章节都各有侧重。例如,彼德斯曼将经济自由一度界定为“契约和财产权转让的自由”,但后来又提到“生产和交换包括劳动和思想在内的货物和服务的自由”也是经济自由,以及“免于饥饿的自由和经济福利的自由是享有绝大多数其他人权的前提条件”^[18]。直到2006年,才提出并指明其“贸易权”的内涵:包括对“私人进出口货物权、知识产权和其他私人权利”的法律和司法保护。这种“迟到”的界定正反映了一元论在立论起点上的一种尴尬,这根源于自由基本权和社会基本权的分野。

参见 E. - U. Petersmann Multilevel Trade Governance in the WTO Requires Multilevel Constitutionalism [C] // C. Joerges, E. - U. Petersmann, Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation, Oxford Hart Publishing, 2006: 47 - 101. 但是,彼德斯曼自己认为,他并没有提出一种“贸易人权”(a human right to free trade)。在这点上,据彼德斯曼2006年5月8日发给笔者的电子邮件所述:“I am arguing for a broad understanding of a human right to liberty? which, if interpreted in conformity with WTO legal obligations, should also protect the liberty to import and export in conformity with WTO law (but not a human right to free trade!)”。

从宪法上看,“贸易自由”当为经济自由的一种,应属于自由基本权之列。而“贸易权”则与职业自由权、营业自由权密切相关。其中营业自由权可以视为职业自由权的延伸,个体有根据自己的意愿设立并经营企业的自由或者从事合法的自由职业的自由^[19]。作为自由之一种的“贸易自由”与作为权利之一种的“贸易权”的关键区别在于,前者的确可以视为是一种自由权意义上基本的“个人权利”,而后者并不完全符合古典自由权的意蕴。因为严格意义上的个人权利是指那些古典意义上为防止国家权力侵犯、个人与生俱来的、不得让与的天赋权利^[20]。自由权是以否定国家干涉的自由国家为基础,要求国家不作为的请求权;社会权则是以广泛认可国家干涉的社会国家为前提,请求国家积极作为的权利,它包括具体的请求权^{[3]83-84}。两者的区别看似明显实则不然如与劳动权或“工作权”具有内在联系的营业自由权及其贸易权,尽管其自由基本权的性质颇为浓厚,而通常归属于社会基本权,可认为同时具有两种基本权利之特性^[21]。亦即,贸易权主要是一种社会基本权,因此,一元论在2006年以前一直以彰显价值判断的贸易自由为权利谱系的核心,应该说具有理论的自足性,但这样一来完全忽视贸易权作为社会基本权的面向,与基本权利的历史发展相背。提出实证主义的贸易权,社会基本权的定位不可避免地突显。按照传统的人权观念,社会基本权不仅不属于普遍性的个人权利,而且在救济方式上也不具有司法适用性^{[20]190}。如此,则与彼德斯曼在第一阶段提出的两个基本主张和建议刚好相反!

作为主要的例证,彼德斯曼最近指出中国已经确立了所谓“贸易权”。放开外贸经营权是中国政府加入WTO谈判的焦点之一。根据《中国加入WTO议定书》第5条第2款以及《工作组报告》第83段和第84段的规定,“中国将在加入后3年内取消贸易权的审批制,届时中国会允许在中国的所有企业和外国企业与个人,包括其他WTO成员方的独资业主在中国整个关税区内经营进口与出口货物”。然而,彼德斯曼对这一例证在实践和理论上都有误解甚至有意曲解。一方面,彼德斯曼所提到的在《中国加入WTO议定书》及《工作组报告》中

规定的这些条款,涉及的是外国人在中国的商业和贸易机会方面的国民待遇,而非进口货物的待遇,它们超出了“GATT1994第3条和《与贸易有关的投资措施协定》的范围。虽然进出口活动可被划为服务部门的一种,但它们却并未被列入中国的服务贸易减让表中,因此也不在《服务贸易总协定》国民待遇条款的调整范围之内。由此,中国有关贸易权的国民待遇义务超出了现有WTO规则的要求^[22]。因此,对所谓贸易权的承认是以中国承担超出现有国民待遇义务为代价,亦即贸易权挫败了贸易“非歧视”这一彼德斯曼所据称的“贸易自由”。另一方面,我国宪法仅规定了公民的劳动权和劳动义务以及对个体经济和私营经济的鼓励性规定,并没有直接规定公民的职业自由权和营业自由权。因此,这种贸易权既不是我国宪法上的宪法权利,也并非是WTO权利宪法论意义上的基本权利,而是外贸行政法所确认的外国个人和企业从事跨国商事关系中的一种私法权利,以后者论证前者已经得到彰显,在法理上似有偷换概念之嫌。

从国际法看,彼德斯曼在论证人权在国际法中的“宪法至上性”时明显缺乏说服力。彼德斯曼认为,人权首先是《国际法院规约》所规定的一般法律原则,接着他又指出“普遍承认的人权”具有“不可剥夺性”和“不可分割性”,并提出可以构成强行法义务,因为有“世界范围内的法律确信”。但是,彼德斯曼自己也勉强承认,“对于许多特定人权的精确范围、含义和强行法性质,分歧很大,而其法律实施也随国家和条约不同而有所不同”。彼德斯曼所依据的主要法律文件之一是1998年6月第86届国际劳工大会通过《关于工作中基本原则和权利宣言》。然而该宣言只涉及劳工权利,而且该宣言的附件明确规定是“严格的促进性质”^[23]。以此不太牢固的基础,彼德斯曼继续提出,普遍承认的核心人权因此必须被国际组织遵守。然而在国际人权法中,除了宣示性的原则外,只在有限的程度上涉及到经济自由的某些方面,绝大部分经济自由本身尚未成为一种“权利”意义上的基本权利。

对于在《经济、社会和文化权利公约》中财产权和契约自由并未被承认为人权,彼德斯曼斥为“反市场的偏见”。

笔者认为,目前在多边贸易体制的国际层面,贸易权与其说是一种基本权利,毋宁说是一种基本权的制度保障。一方面,WTO法律体制尚未如同国际人权法或欧盟法那样,在法理或实践中直接建构个人与国家以及国际机构之间的法律关系。尽管可以如彼德斯曼所提出,在由普遍性的基本权利所构成的意义上,认为WTO成为一种宪法性的“共同体”,并进而与WTO成员的公民的普遍利益和权利直接产生联系,因为WTO法的规范性内容的特征源于这类普遍权利^[24]。例如,WTO成员必须保护知识产权,并非是因为这样做必然使全球或国内福利最大化,而是因为个人的基本权利具有独立于福利效果的道德基础。对于彼德斯曼来说,WTO的实质宪法依赖于其法理基础从所谓市场自由到基本权利的转变。但是,这类规范性内容依赖于WTO在制度上至少实现如下要素:WTO成员的国家宪法确认贸易权为公民的宪法权利、WTO法在国内法中具有直接效力以及私人在WTO争端解决中具有诉权等,而根本要素是WTO法而不仅是WTO成员确认贸易权为个人的基本权利。然而,彼德斯曼对WTO实质宪法的假定本身是以贸易自由或贸易权为基本权利作为前提条件,亦即,彼德斯曼的主张陷入了一种循环论证的窘境。另一方面,具有价值属性的贸易自由并非严格意义上的自由权,却可以说是WTO法所肯定和宣示的价值,WTO及其成员需要将其作为一种制度通过立法予以保障。所谓基本权的制度保障(Institutsgarantie)系指宪法为某些特定制度提供的一种特殊保护,这类保障在逻辑和法律上都不同于基本权利的结构。按其本质来看,制度保障并非建基于原则上不受限制的自由领域的观念之上,而是涉及一种受到法律承认的制度。这种制度本身有一个限定的范围和界限,服务于某些特定的任务和目标^{[2]182}。对于没有任何基本权利规范也没有个人直接参与法律关系的WTO来说,WTO法所谓“对自由、非歧视和法治的保障”,目前只能称为是对贸易自由的一种制度保障而不是确认了基本权利。

(二)公共利益条款的扩大解释自相矛盾

如前所述,以一元论看待贸易与人权之间的关系,问题转化为贸易权与其他与贸易有关的自由

权、社会权之间的关系如何?具体地说,贸易权既然系基本权利,那么其他权利是作为一种例外,以公共利益为由对贸易权施加以外在的必要限制,还是作为一种同一权利谱系的组成部分,对贸易权起到内在的制约作用?

对此,彼德斯曼的关键建议是:对人权的普遍承认,要求在解释WTO法的公共利益条款时应符合人权的要求,即个人自由和非歧视应仅在为保护其他人权所必需的范围内才能予以限制。《GATT1994》第20条是彼德斯曼所谓公共利益条款的典型例证,该条款提到了一系列广泛的公共政策目标。根据彼德斯曼的论证方法,如果被定性为基本权利的WTO规定遭到违反,则WTO成员可以援引这类例外之一作为抗辩。因此,看来彼德斯曼是将与贸易有关的其他自由权和社会权作为一种例外,对作为基本权利的贸易领域的“个人自由和非歧视”施以外在限制。

然而,按照彼德斯曼一元论的本意,“人权”包括社会权利、民主治理和可持续发展的权利等。亦即,WTO所需要保障和体现的基本权利不仅是作为自由权的贸易自由,还包括与贸易自由有关的社会权利等等。因此,似乎应将这类权利视为与贸易自由同处于同一权利谱系。这正要求在WTO的实质宪法中,直接对这类社会权利等作出明确规定,而不是将其作为一种“公共利益”例外。换言之,正如原联合国人权委员会在关于TRIPS的报告里主张的,人权评价要求把促进和保护人权作为知识产权保护的中心目的,而不仅是从属于TRIPS的其他规定中可以认可的例外。

因此,彼德斯曼的一元论,在实践建议和理论主张上是相互矛盾的。这种矛盾,根源之一是WTO的实质宪法存在WTO和WTO成员的两重“公权力”架构。WTO的“实质宪法”要求以WTO法推进国内法包括国家宪法在贸易方面的变革,特别是按基本权利的宪政要求配置WTO成员的贸易管制权以及对贸易权的保障,也要求以贸易自由和非歧视等基本权利限制WTO本身的各种行为。一方面,限制WTO成员的贸易管制权依赖于加强WTO法的效力和范围,这将导致是WTO而不是WTO成员更有能力处理贸易与人权的关系问题,要求WTO

成员将贸易管制权在更大程度上授权甚至让渡给 WTO。由于贸易自由、非歧视等先后被彼德斯曼界定为“基本的个人权利”和“基本权利”,并加以 WTO 的“制度保障”,使 WTO 成员对这类义务施加限制而实现保护其他基本权利的政策上变得更加困难。另一方面,鉴于 WTO 本身又是 WTO 成员所组成的政府间国际组织,为避免“政府间共谋”规避基本权利的制约,则要求对 WTO 本身的权能进行限制。但如果不对与贸易有关的其他基本权利等作出明确规定,从而成为 WTO 应积极实现的目标,则只能通过所谓“公共利益”例外来限制 WTO 的权能,这将导致更大程度上对国内管制的遵从。

(三) WTO 实质宪法的“基础规范”缺位

前述芦部信喜指出,追求人格自由和尊严,是普遍性的核心原则;以该原则为核心的价值总体,正是近代宪法的基础规范。此基础规范既非凯尔森理论中欠缺内容假设性的基础规范(grundnorm),也非与实在法截然区别的纯粹自然法,而是西方国家民主宪法所谓实在化的超实在法原则。支撑该基础规范的核心价值,就是人类的人格不可侵犯原则(个人尊严的原理)。人民主权(民主的原理)和基本人权(自由的原理),都源于“人性尊严”这一最基本的原理^{[3][132-133]}。人权以人性尊严之尊重作为核心价值,其一方面建立客观规范之价值体系,另一方面则成为个人主观受保护之权利^[25]。

据此,WTO 实质宪法的基础规范也应该是“人性尊严”,作为基本权利的贸易自由和非歧视等也应以此为基础。彼德斯曼也曾经指出,“不仅是 WTO 法和欧盟法中诸多的一般例外条款,能够以服务于社会人权的方式来释义,而且 WTO 和欧盟对自由和非歧视的保障也应被承认为保护个人自由的人的尊严的人权。在欧盟法中,欧洲法院所发展的“男女同工同酬原则”已经被承认为保护个人自由的人的尊严的人权^[26]。“尊重人性尊严和人权”也成为彼德斯曼所认为的宪政原则之一。

问题出自以“保护个人自由的人的尊严”,该自由既可以指作为个人贸易自由的自由,也可以指作为个人生命自由的健康等,两者的内涵完全不同。彼德斯曼反复强调“WTO 对自由、非歧视和法治的保障”体现了人权功能,但未能言明所保

障的“自由和非歧视”是哪一种含义的自由和非歧视。即使 WTO 协定规定了与某些个人权利和自由相似的权利,但该“自由”系指“贸易自由”而非古典基本权利意义的“自由”。而即使是贸易自由,在不同的条约文本中,受制于其目的和宗旨,其意义和适用路径可能大相径庭。正如威勒指出,可以从不同的角度看待劳工自由流动方面的规定:一方面可以将劳工视为与货物、服务和资本相当的“生产要素”;另一方面也可能是基于传统的观念,诸如以国籍等因素作为歧视的理由^[27],后者才与基本权利或人性尊严之类直接相关。

这种区别不仅是理论上的,也具有重要的实践指南意义。例如,欧共体条约最初即规定了关于人员自由流动、禁止针对成员国国民的基于国籍的歧视、男女同工同酬的规定。但这类条款是作为一个带有经济目标的体制的组成部分被表述在条约中,并非真正意义上的基本权利条款:缔约者当时将基本权利仅仅视为成员国当局管辖的事项。其现实的例证,恰恰是欧洲法院对基本权利的保护并非来自欧共体条约本身及其解释,而是来自所谓一般法律原则或者欧共体法所称的普遍原则,其重要的参照文件在 2000 年以前一直是《欧洲人权公约》。显然,WTO 法在条约文本的设计上与初期的《欧共体条约》相似,而 WTO 争端解决机制中尚没有欧洲法院那样广泛而独立的司法权能。

WTO 在一定程度上为贸易自由提供了制度保障,但这也并不能等同于传统人权意义上的个人权利保障。例如,非歧视原则在贸易法和人权法中,都是最重要的基本原则之一。人权法禁止各国因种族、性别、宗教、语言、区域等差别而采取不同待遇。WTO 规定各成员在贸易优惠及贸易

彼德斯曼认为:“民主宪政由六项宪法原则所定性:法治要求、尊重人性尊严和人权、民主自治、分权和其他纵向或横向的制衡、作为维系社会合意之前提条件的社会正义以及作为集体提供国际公共物品之前提条件的国际法。”Human Rights and International Economic Law in the 21st Century [J]. Journal of International Economic Law, 2001, (4): 11.

迄今,贸易权并未明确规定在任何国际人权条约之中,即使是《欧洲人权公约》也是如此。尽管在欧洲法院 1985 年的 ADBHU 判决中,确提到过贸易权,但也只限于欧共体成员国之间而非欧共体之外的第三国。此后,类似的判决再未出现过。

限制两方面皆采取非歧视原则,据此排除各国的歧视性待遇,促进世界贸易自由化的进程。因此,人权与贸易非歧视原则,在功能比较的意义上有所相同。然而,过分地强调两者之间的共同之处进而主张两者应相互整合,在法理和实践中都存在难以逾越的障碍。在非歧视的基本概念上,不仅人权法和国际贸易法有根本不同,甚至在国家宪法也不尽相同^[28]。人权法和贸易法中的非歧视原则,在目标上也有重要区别。前者在本质上与平等原则密切相关,如同一枚硬币的两面,为自由和平等地享有人权提供了基础^[29]。而后者旨在减少贸易保护主义并改进国际贸易竞争条件,而不是实现所谓实质上的平等。例如,贸易法中的国民待遇原则并不禁止针对本国的“歧视”,即使本国的货物、服务或服务提供者可能处于相对较弱的地位。加之,如前所述,两者目前的实施都主要依赖于条约,各自都有严格的适用范围和条件。因此,人权法中许多禁止歧视和促进平等的措施与国际贸易领域几乎毫无关系。最后也可能是最重要的,非歧视原则在人权法和贸易法中具有不同的价值诉求。对于国际人权法来说,非歧视和平等原则本身就是一种价值,这种价值直接源于宪法的“基础规范”即人性尊严。在国际贸易法中,非歧视和平等之所以被承认为基本原则,主要目的是为了保障市场准入,而不是因为这类价值。但不能否认的是,这种基本原则对于多边贸易体制来说,也是在历史的教训上成就的,也具有其本身的价值。总之,从现实上看,欲使人性尊严成为WTO实质宪法的基础规范,任重道远。

(四)权利谱系欠缺发展权

如前所述,彼德斯曼的一元论,不仅涉及自由基本权和社会基本权,也广泛地包括经济自由、社会权利、民主治理和可持续发展的权利等等。从迄今宪法和国际法所确认和保障的各种“人权”来看,一元论惟一欠缺的权利就是WTO成员作为集体人权的发展权,特别是发展中国家的发展权。因为彼德斯曼将发展中国家在贸易体制中的劣势地位,一直归咎于发展中国家本身的“人权”原因。例如,彼德斯曼认为:“许多发展中国家,尽管拥有自然资源的财富(例如占世界90%以上的生物基因资源),但是仍然陷入贫困。经济学家指

出,这归咎于这类国家缺少有效的人权保障和自由贸易以及竞争法”。而“世界上约40%的人口过着人均每天生活费用2美元以下的生活。这本来在经济上是不必要的,在政治是可以避免的”,表明“人权仍然在许多国家缺乏有效的法律保护”^[30]。这种“哀其不幸、怒其不争”的观点显然是片面的。在多边贸易体制中,发展仍然是一个悬而未决的难题,而且在历史和现实中在很大程度上都是被发达国家所影响的。例如,在规范农产品出口补贴和国内支持方面,《农业协定》对发达国家和发展中国家实行的是明显的双重标准。少数发达国家继续高筑关税壁垒,提供扭曲贸易的出口补贴和国内支持;另一方面却要求广大发展中国家开放市场,限制补贴。虽然《农业协定》在实施期限、削减比例等细节上对发展中国家提供了一些无关痛痒的特殊和差别待遇,但就整体而言,《农业协定》不折不扣地体现了对发达国家的特殊和差别待遇。根据联合国粮农组织(FAO)调查显示,在执行《乌拉圭协议》5年的过程中,48个最不发达国家和18个发展中国家被迫逐渐按商业条件购买食品,而相比他们的收入在下降。2001年启动的“多哈发展议程”本来为一元论提供了一次更新的机会,但彼德斯曼再次对概念进行了修正,认为该“发展”是“可持续发展”的发展,或者是个人能力的“发展”,总之不是“发展中国家的发展”。

实际上,与多边贸易体制的制度变迁相应,WTO争端解决机构对待贸易自由和彰显社会权的社会政策之关系的态度已经有所转变。在“欧共体石棉案”中,上诉机构裁定法国对加拿大石棉的进口可以为第20条第2款证明为合法。这是多边贸易体制第一次成功援引“GATT1994第20条一般例外的案例。上诉机构指出,一项措施只要是适合于所实现的目标,即使并非是必不可少的,也可以被裁定为是“所必需”的。上诉机构还裁定,诸如人类生命或健康之类的价值,对于国内管制者来说具有广泛的见解的幅度(the margin of appreciation)。因此,专家组和上诉机构不再是仅从与贸易自由化目标的相符程度为考察起点,而是同时从有关措施实现公共政策目标的可行性和有效性来审查所谓必要性的要求。Korea - Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef Report of the Appellate Body WT/DS161, 169AB/R. 11 December, 2000: 161 - 164.

五、结论

实质意义的宪法,实质不是规定国家组织和机构的制度设计,而是确认和保障公民的基本权利,并进而实现基本权利对国家权力的制约。彼德斯曼紧紧抓住宪政理论的这一洞见,以基本权利原理将贸易与人权的二元规范关系、国家宪法和国际法的二元法律体系的关系建构为一元的权利关系问题,实现了从以国家为中心到以个人为中心的国际法模式的转向,并且提出了建设性的实践建议。可以说,彼德斯曼以基本权利原理为核心的WTO权利宪法论,同时提供了宪法化WTO的法律方法和研究WTO宪法化的法学方法。诚然,彼德斯曼的这种宪法和权利概念单独强调了基本权利的重要性,忽略了规范的意义,实际上成为缺乏规范性的概念。其总体缺陷在于:以基本权利在国内宪法的“最优异特征”和国际法中的“至上性”为前提假设,使“实质宪法”概念的表述变得抽象和形式化;在一元论的论证中没有将基本权利原理贯彻到底,忽略了宪法概念应有的制度背景和权力架构,也不能契合宪法“基础规范”的本意。而且,忽视处于“多数”而“弱势”地位的发展中国家的权利,旨在消除各国经济与法律制度差异的宪政的国际经济秩序与国际经济法理论必然是“乌托邦”。以上种种,导致其理论体系始终无法“空降”到本体意义上的WTO宪法化,因此,贸易与人权的关系以及WTO宪政的理论研究,尚在路上。^[11]

参考文献:

- [1] Robert Howse. Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann [J]. *European Journal of International Law*, 2002(13): 651.
- [2] 卡尔·施密特. 宪法学说 [M]. 刘锋, 译. 上海: 上海人民出版社, 2005: 43.
- [3] 芦部信喜. 宪法 [M]. 3版. 林来梵, 等, 译. 北京: 北京大学出版社, 2006: 4 - 5.
- [4] 彼德斯曼. 国际经济法的宪法功能与宪法问题 [M]. 何志鹏, 孙璐, 王彦志, 等, 译. 北京: 高等教育出版社, 2004: 25 - 26.
- [5] Petersmann. Time for Integrating Human Rights into the Law of the World Trade Organization: Lessons from European Integration Law for Global Integration Law [J]. Jean Monnet Working Paper, 2001, (7): 1 - 47.
- [6] Petersmann. Multilevel Trade Governance in the WTO Requires Multilevel Constitutionalism [C] // C. Joerges, E. - U. Petersmann. *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford Hart Publishing, 2006: 47 - 101.
- [7] Petersmann. How to Constitutionalize International Law and Foreign Policy for the Benefit of Civil Society [J]. *Michigan Journal of International Law*, 1998(20): 1 - 31.
- [8] Robert E. Hudec. Fair Trade and Harmonization: Prerequisites for Free Trade [J]. // *Legal Analysis*, 1996, (2): 14 - 21.
- [9] 张千帆. 西方宪政体系 (下册) [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2005: 351.
- [10] 郑贤君. 作为客观价值秩序的基本权——从德国法看基本权保障义务 [J]. *法律科学*, 2006, (2): 35 - 36.
- [11] 张翔. 基本权利的双重性质 [J]. *法学研究*, 2005, (3): 21 - 22.
- [12] 约瑟夫·威勒. 欧洲宪政 [M]. 程卫东, 等, 译. 北京: 中国社会科学出版社, 2004: 293 - 300.
- [13] 洪德钦. 欧盟宪法之法理分析 [J]. *欧美研究*, 2007, (2): 255 - 321.
- [14] E/CN. 4/Sub. 2/2002/9. Economic and Social Council United Nations: 7 - 8.
- [15] Implementation of Paragraph 11 of the General Council Decision of 30 August 2003 on the Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: proposal for a Decision on an Amendment to the TRIPS Agreement IP /C /41. 6 December 2005.
- [16] Doha Work Programme: Ministerial Declaration WT/MN (05) /W /3 /Rev. 2 18 December 2005: 40.
- [17] 龚柏华. WTO快讯 [J]. 140 2007: 4.
- [18] Petersmann. From “Negative” to Positive “Integration” in the WTO: Time for “Mainstreaming Human Rights” into WTO Law [J]. *Common Market Law Review*, 2000(37): 1363 - 1375.
- [19] 吴越. 经济宪法学导论 [M]. 北京: 法律出版社, 2007: 132 - 141.
- [20] 郑贤君. 基本权利研究 [M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2007: 298.

- [21] 陈新民. 宪法基本权利之基本理论 [M]. 台北: 台北元照出版公司, 1999: 111.
- [22] Qin, Julia Ya. WTO - Plus Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System - An Appraisal of the China Accession Protocol [J]. Journal of World Trade, 2003 (37): 483 - 522.
- [23] LO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. LO 1998: 7.
- [24] R. Howse. Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence [C] // J. H. H. Weiler. The EU, the WTO and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade. Oxford, 2000: 35 - 70.
- [25] 许志雄. 宪法上之个人尊严原理 [G] // 宪法之基础理论. 台北: 稻禾出版社, 1992: 49.
- [26] Petersmann. Taking Human Dignity, Poverty and Empowerment of Individuals More Seriously: Rejoinder to Alston [J]. European Journal of International Law, 2002 (13): 845 - 851.
- [27] J. H. H. Weiler. Eurocracy and distrust: Some questions concerning the role of the European Court of Justice in the protection of fundamental rights within the legal order of the European Communities [J]. Washington Law Review, 1986 (61): 1118.
- [28] J. C. McCrudden. Equality and Non - Discrimination [C] // D. Feldman. English Public Law. Oxford, 2004: 581 - 607.
- [29] Economic Social and Cultural Rights: Analytical study of the High Commissioner for Human Rights on the fundamental principle of non - discrimination in the context of globalization. E/CN. 4/2004/40: 28 - 34.
- [30] Petersmann. Developing Countries in the Doha Round [M]. EU. Florence, 2005: 3 - 18.

The Monism of Trade and Human Rights Based on Fundamental Rights: On E. U. Petersmann's Theoretical Structure of the Relationship of Trade and Human Rights

CHEN Xi-feng

(Law School of Xiamen University, Xiamen 361005, China)

Abstract: Relationship between trade and human rights is of great significance in the study of trade issues. Different from implying the dualism of the normative relationship of international trade law and international human rights law, the WTO constitutionalism, based on the fundamental rights with extensive connotation, develops a monistic relationship including trade and other human rights. This monism anchors on constitutional notions with substantial constitutionalist meanings, indicating that the most striking feature of a constitution lies in its affirmation and protection of citizens' fundamental rights. The theoretical structural defects of the monism conspicuously prove implicitness of the constitutional element connected with right of trade, contradiction of liberal interpretation of public interests clauses, absence of basic norms of substantial constitution of the WTO and lack of right of development. Indeed, at present in the international multilateral trade arena, right of trade should be deemed an institutional guarantee of fundamental rights rather than a fundamental right per se.

Key Words: trade and human rights; fundamental rights; material constitution; monism

本文责任编辑:徐 泉